

Direito (humano) fundamental à Saúde: titularidade.

Law (human) fundamental to health: ownership

Eduardo José de Carvalho Soares*

Resumo

O direito fundamental à saúde no Brasil tem sido mitigado pela administração pública por não alcançar a eficiência do Sistema Único de Saúde para satisfazer as necessidades urgentes e de emergência da população. Este desencontro ou desarmonia conceitual de competências tem gerado conflitos institucionais entre a Administração, o Legislativo e o Judiciário, que tem refletido na judicialização das demandas reprimidas na orbe da saúde como direitos de todos e dever do Estado. Entretanto a falta de uniformidade ou convergência de posicionamentos jurídicos finda por não realizar o direito em sua plenitude. Dos variados aspectos e pontos de divergências está a questão da titularidade do direito à saúde, se individual, se coletivo ou ambos. Estes pontos serão enfrentados sob a ótica parcial da doutrina e da jurisprudência brasileira dos tribunais superiores.

Palavras chaves: Direito à saúde – Judicialização - Titularidade.

Abstract

The fundamental right to health in Brazil has been mitigated by the public administration by not achieving the efficiency of the Health System to meet the urgent needs and emergency of the population. This mishap or disharmony conceptual skills has generated institutional conflict between the Administration, the legislative and the Judiciary, which has reflected the judicialization of repressed demand in scope health as rights of all and the State's duty. However, the lack of uniformity or convergence of legal positions ended by not performing the right in its fullness. The varied aspects and points of disagreement is the question of the ownership of the right to health, individually, whether collective or both. These points will be addressed from the perspective of partial doctrine and the Brazilian jurisprudence of superior courts.

Key words: Right to health - Judicialization - Ownership.

* Juiz de Direito, Mestrando do Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, Professor e Coord. de Curso da ESMA/TJPB, Diretor da EJE/TRE-PB.

Introdução

O presente artigo busca fazer uma abordagem superficial sobre a o direito à saúde, a judicialização das demandas em face da ineficiência do SUS – Sistema Único de Saúde e a sua titularidade.

O fenômeno da judicialização das pretensões inerentes à saúde despertou atenção de diversos seguimentos sociais, administrativos públicos e privados, jurídicos e jurisdicionais.

Relatos de situações que deixam o cidadão fragilizado, desprotegido, sendo impingido a buscar a garantia fundamental e constitucional de acesso eficaz e eficiente à jurisdição no afã de estancar a arbitrária e indevida recusa ao direito à saúde pelo Estado gestor quando em risco ao seu bem jurídico maior – a vida – foi a mola propulsora para realização de diversos conclaves reunindo os operadores do SUS – Sistema Único de Saúde e do Judiciário em busca de se encontrar formas e fórmulas de solução ao problema.

Os argumentos conflitantes e abrigadores dos interesses de cada esfera de atividade têm impedido um resultado mais eficaz, uma vez que a interpretação dos fatos e das normas não tem sido homogênea no âmbito jurisdicional, o que finda não realizado o direito à saúde.

O sistema jurídico legal não consegue, uniformemente, enfrentar os paradoxos e construir uma decisão que faça se efetivar o direito à saúde, descambando, inclusive pela dúvida quanto a titularidade deste “direito” : coletiva ou individual? Preocupando-se com fundamentações e valores já existentes, o que impede na construção do direito, na visão construtivistas.

Os paradoxos se avolumam, assim, neste artigo, buscar-se-á trazer as principais discursões (consideradas), alguns posicionamentos doutrinários observados, a missão do judiciário neste imbróglgio e a repercussão quando há decisões divergentes sobre os mesmos pontos enfrentados, pois, nestes casos, há quem considere a não realização do direito.

Iniciar-se-á pela abordagem do “direito à saúde no Brasil” e no segundo momento, tecer-se-á considerações quanto a titularidade dele.

Direito (humano) fundamental à Saúde no Brasil.

Entre os vários conceitos de saúde, provavelmente, o mais abrangente e preciso é dado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) no preâmbulo de sua constituição datada de 26 de julho de 1946 conceituando saúde como: “o estado de completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de qualquer afecção”¹.

¹ **Parecer:** As Diretrizes para o Serviço Público de Saneamento Básico e a Política Nacional de Saneamento Básico – PNS. DALLARI, Dalmo de Abreu. Brasília, 2004. Parecer jurídico. Disponível em:

Neste diapasão, em particular o Brasil - por ser signatário tanto da Declaração de Direitos do Homem, ONU/1948 quanto da Declaração de Viena/1993, onde seus textos expressam o direito à saúde como universal - trouxe-o para si a concepção inclusiva à dignidade humana, incorporando, assim, na sua concepção cultural e o materializando no texto constitucional vigente.

No Artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) consta que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”.

Tal proposição foi ratificada solenemente na Declaração e Programa de Ação de Viena (1993) – onde se constatou maior número de países signatários - nas alíneas 24 e 31 do inciso I:

24. Deve ser dada grande importância à promoção e à proteção dos Direitos Humanos de pessoas pertencentes a grupos que se tenham tornado vulneráveis, incluindo os trabalhadores migrantes, à eliminação de todas as formas de discriminação contra eles, bem como ao reforço e a uma mais efetiva aplicação dos instrumentos existentes em matéria de Direitos Humanos. Os Estados têm uma obrigação de adotar e manter medidas adequadas a nível nacional, sobretudo nos domínios da educação, da saúde e da assistência social, com vista à promoção e proteção dos direitos das pessoas pertencentes a sectores vulneráveis das suas populações, e a garantir a participação das que, de entre elas, se mostrem interessadas em encontrar uma solução para os seus próprios problemas.

31. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos apela aos Estados para que se abstenham de tomar qualquer medida unilateral, que não esteja em conformidade com o Direito Internacional e com a Carta das Nações Unidas e que crie obstáculos às relações comerciais entre Estados e obste à plena realização dos Direitos Humanos consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos, em especial do direito de todos a um nível de vida adequado à sua saúde e bem-estar, incluindo a alimentação e os cuidados médicos, a habitação e os necessários serviços sociais. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos afirma que a alimentação não deverá ser utilizada como um instrumento de pressão política.

O Brasil procedeu, na linguagem de Santos (1997, p.19), a “legitimação local” ao materializar a proteção à saúde no texto dos arts. 6º e 196 da Constituição Federal², fenômeno trazido como justificação, particular e pontual, de reconhecimento do direito fundamental humano à saúde, o que para Santos(1997) é a necessidade de reconceitualizar como

<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL_03/revista/Rev_72/Pareceres/saneamento_DalmoAbreuDallari.pfd>. Acesso 23/02/2013

² **Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. **Art. 196** - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

multicultural equilibrando a “competência global” e a “legitimidade local” como “atributos de um política contra-hegemônica de direitos humanos”.

Sorto (2008, p.32) ao tratar da Declaração Universal dos Direitos Humanos observa:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é invocada em todo o mundo pelo reconhecimento da sua incontestável autoridade moral.

[...]

Embora o texto não seja vinculante para os Estados, visto que é mera Declaração, ele representa o que deveria vincular, o que os Estados deveriam ter convertido em tratado, o que deveria ser lei interna e internacional, porque diz respeito a todos os seres humanos, estejam eles dentro dos seus Estados ou fora deles.

Abstraído-se da natureza do direito fundamental a saúde, universal ou relativa, dentro das teorias dos direitos humanos, poder-se-ia dizer - embora não se admita a ingerência externa na política pública de saúde do Brasil, exceto quando em análise índice do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano)³ - que a sua ineficiência indubitavelmente recebe um trato social do Judiciário ao responder demandas, dentro de uma tecnologia jurídica disponível, assegurando a dignidade humana, seja por via de pleito individual ou coletivo.

Galvão Filho (2011, p.37/38) afirma que os direitos fundamentais guardam estreita relação com os direitos do homem, e assim, são “direitos subjetivos passíveis de exigibilidade judicial na medida em que são garantidos por normas jurídicas vinculantes”.

O acesso à saúde está alocado como um direito fundamental, por via de norma principiológica: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”.

A finalidade essencial é o respeito à dignidade da pessoa humana, lamentavelmente a saúde como “um direito expressivo e universal ficou postergado e, por via oblíqua, negado, condicionado, sufocado, anulado, porque, nesse campo, grassou indiferença, acomodação, omissão, ignorância, complacência e conformismo”, no dizer de Bulos (2007, pag.1339), ensejando a reação cidadã em busca de resultados concretos por via do judiciário.

O direito fundamental à proteção e promoção da saúde abrange um conjunto de posições jurídico-subjetivas de natureza diversa, cujas peculiaridades repercutem na efetividade das decisões judiciais. Neste sentido a busca de proteger o mínimo existencial, no sentido de salvaguarda das condições materiais mínimas à vida com dignidade e certa qualidade, que permita o desenvolvimento pessoal e fruição dos demais direitos fundamentais, sociais ou não, tem provocado o Judiciário, cada vez mais, chamando-o a decidir, arbitrando soluções, para os diferentes casos de conflitos concretos inerentes ao direito à saúde por sua omissão ou recusa Estatal.

³ IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) é aferido anualmente por Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH) pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) com base em três pilares (Saúde, Educação e Renda);

A judicialização da saúde é um fenômeno que tem se verificado nos últimos tempos no Brasil como se fosse uma verdadeira “tábua de salvação”, depositando no Judiciário a responsabilidade pela ineficiência dos serviços e políticas públicas de saúde no país (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), por isto, observa Medeiros (2007) “é importante voltar o olhar às funções do Poder Judiciário como interventor nas políticas públicas do Estado e, conseqüentemente, como promotor da cidadania para todos”, *in bonam partem*.

Neste sentido Gisele Cittadino (2008, p.84/85) discorre:

O crescente processo de ‘juridificação’ das diversas esferas da vida social só é compatível com um vínculo entre ‘força do direito’ e ‘fim da política’ – ou seja, a ideia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras -, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representam uma forma de participação no processo político. Finalmente, é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade – o juiz só se manifesta mediante provocação -, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas.

Hodiernamente os gestores de saúde vinculados ao Poder Executivo dos entes federativos buscam, de toda forma, esquivar-se da responsabilidade da ineficiência do Sistema Único de Saúde, inicialmente alegando a teoria da “reserva do possível”, e agora, mais recente, a estratificação por grau de complexidade da doença ou do tratamento, atribuindo os de alta complexidade à União, os de média para os Estados e os de Baixa para os Municípios.

Numa aparente busca de se furtar da decisão judicial, quando, em se tratando de um Sistema Único de Saúde – SUS, os entes federativos mais abrangentes têm o dever de suporte aos menos⁴ que atendem diretamente ao povo, na prática, o município; se houvesse a capacidade política de se abstrair das cores e interesses (político partidários) eleitorais, tudo seria gerido e administrado pelo município, pois esta seria a consequência natural, notadamente, porque o Brasil tem esta peculiaridade federativa como explica Andreas Joachim Krell:

No que diz respeito à distribuição de competências legislativas e administrativas, a Constituição de 1988 coloca os municípios também ao lado da União e dos Estados. Essa "trilogia federativa" da existência de três entes políticos internos autônomos constitui uma peculiaridade do Brasil em comparação com todos outros países de organização federativa.

Sob o aspecto *formal*, o município brasileiro certamente é a entidade territorial local investida da autonomia mais abrangente no mundo inteiro. No exercício das suas atribuições, ele atua em absoluta igualdade de condições com as outras esferas

⁴Lei n. 8080/90 - Art. 16. À direção nacional do Sistema Único de Saúde-SUS compete: XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional. Art. 17. - À direção estadual do Sistema Único de Saúde-SUS compete: I - promover a descentralização, para os Municípios, dos serviços e das ações de saúde; III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

governamentais; os atos municipais independem da prévia autorização ou de posterior ratificação de qualquer outra entidade estatal. (Krell, 1999)

Por isto, em sendo as comarcas da Justiça Comum sediadas em municípios ou grupo de municípios as decisões judiciais nesta orbe finda por desaguar ordens de obrigação de fazer ou entregar coisa certa, inerentes ao direito à saúde, no orçamento dos municípios, enquanto estes, em muitos casos, não recebem, para tanto, a cooperação financeira da União e do Estado nos termos da Lei n. 8.080/90, uma vez que o SUS ainda não alcançou a sua eficiência desejada.

Robson Antão de Medeiros, em seu projeto de pesquisa “Direitos Humanos, Ética e Legislação” destaca que cotidianamente vê-se discursões sobre “posturas políticas, idoneidade dos nossos representantes, violência, fome, miséria, desemprego, preconceito, entre outros, no entanto, pouco ou nada se faz para modificar o quadro de desordens e irregularidades instaladas no país”; afirma, ainda, que poucos conhecem os direitos humanos, inclusive acredita que a “ população desconhece o assunto, e por isso mesmo são marionetes nas mãos daqueles que agem em nome destes, apropriando-se indevidamente dos seus valores”.⁵

Experiências de municípios que buscam enfrentar a questão da judicialização da saúde como indicativo do mau funcionamento estrutural no trato com a saúde, criando boas práticas de gestão em favor da comunidade, tem demonstrado a crescente redução dos números de ações judiciais nesta seara, é o caso dos municípios de Três Rios-RJ e Natal-RN que foram destaque no 1º Concurso Nacional de Práticas Exitosas na Área de Saúde (Brasília, 2011), que teve por objeto incentivar a redução de litigiosidade. No município de Três Rios “os mandatos judiciais caíram de 122, entre outubro e dezembro de 2008, para 21 em todo o ano de 2009. Subiu para 38 em 2010 e, em 2011, chegou a 29”, “a redução da judicialização no município fez cair o valor gasto com medicamento referente a sentenças judiciais de R\$ 815,9 mil, em 2008, para R\$ 478,8 mil, em 2009 – uma economia de R\$ 337,1mil”. Em Natal – RN a redução foi em 50% entre os anos de 2009 e 2011 com a criação do Comitê Institucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (Cirads).⁶

Iniciativas desta envergadura demonstram que planejamento e gestão no atendimento das demandas sociais, com implantação de políticas públicas eficientes, reduz consideravelmente a necessidade de se buscar o judiciário para arbitrar, impor, solução na seara dos direitos sociais.

⁵ Projeto de Extensão : **Direitos Humanos, Ética e Legislação**. Paraíba, UFPB. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/w3/cdhp/objetos/etica.html>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

⁶ Fonte : <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/noticias-anteriores-agencia-saude/1078>- Em 16/07/2014

Quando não há política pública eficiente, o direito é violado, conseqüentemente entrega-se ao Juiz avaliar a necessidade e a urgência, para que possa impingir dentro dos parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, sua decisão, entretanto, tem-se verificado diversas formas, até antagônicas de decisões judiciais, uma vez que cada Juiz é influenciado não apenas pelas fontes do direito, mas também, pelos fatores exógenos numa construção interpretativa com os seus valores pessoais, patrimônio moral, o que sob a ótica de Adeodato (2010), o discurso judicial em conflito de fundamentos e justificativas legais e/ou teóricas finda por não realizar o direito em sua plenitude, isto sim, é preocupante.

Calamandrei (1998, p.175), por sua vez, atribui à responsabilidade na prolação do *decisum* a cautela nos argumentos trilhados na fundamentação os quais devam estar em harmonia com a motivação e o desfecho, a fim de possibilitar ao ato judicial repercussão positiva no meio destinatário, caso contrário, se não houver esta coerência a conclusão estará errada, e assim pode-se encontrar “através dos fundamentos em que altura do caminho o Magistrado se desorientou”. O que, também é temerário dentro do contexto da segurança que deve está inserida a decisão na orbe jurisdicional em favor da credibilidade da instituição a qual representa.

O Judiciário tem corrido, cada vez mais, riscos ao ser chamando a decidir, arbitrando soluções, para os mais diferentes casos de conflitos concretos lhe apresentados sobre o direito à saúde e sua omissão, ou recusa, pelo poder público, muitas vezes em situações que fogem ao conhecimento técnico dos magistrados, que por seu turno não podem negar jurisdição nem responder com o *non liquet*, o qual explica Adeodato (2007, p. 137 e ss): “*Non liquet* é uma expressão advinda do Direito Romano que se aplicava nos casos em que o juiz não encontrava nítida resposta jurídica para fazer o julgamento, e por isso, deixava de julgar. Do latim *non liquere* pode significar **não claro**”.

Nos dias atuais quando o Brasil recepcionou a possibilidade da participação em julgamentos do *amicus curiae*, amigo da corte, para servir como fonte de conhecimento em assuntos inusitados, inéditos, difíceis ou controversos, ampliando a discussão antes da decisão final e fornecendo elementos à convicção do julgador. Fica desautorizado o juiz imputar ausência de conhecimento técnico para deixar de prestar o dever jurisdicional, quando lhe é facultado instrumentos para auxiliar no processo de convencimento na decisão, embora livre, deve ser motivada e fundamentada nos moldes do Código de Processo Civil artigo 131: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Estes instrumentos auxiliares se encontram hoje na formação de “câmaras técnicas multidisciplinares” em diversos Estados da federação, bem como a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias e a Agência Nacional de Saúde, as quais devem ser provocadas para ofertar pareceres em respostas a questionamentos imprescindíveis ao deslinde do problema.

Por seu turno, a exemplo da Espanha que tem um dos melhores sistemas de saúde do mundo, tem como porta de entrada *la Atención Primaria (A.P.)*⁷ por intermédio do “médico de família”, este programa redundava numa população com um dos melhores níveis de saúde e a menor custo da Europa, enquanto, no Brasil, teve-se que abrir portas (fronteiras) para que médicos de outros países pudessem vir prestar tal assistência básica no denominado programa “mais médicos”, mesmo assim, ficando muito a desejar qualidade do serviço por falta de meios necessários seja físicos, humanos ou materiais, a fim de implementar uma política de saúde eficiente em atender as reais carências populares, sem adentrar no conceito de saúde que envolveria alimentação, saneamento básico, moradia, trabalho etc, a fim de promover o completo bem estar físico e mental das pessoas como define a Organização Mundial de Saúde.

Entre tantos pontos acima elencados, este artigo irá se restringir em explorar, especificamente, o que busca deslegitimar a pretensão individual ao direito à saúde, imputando apenas a forma coletiva de provocação jurisdicional para fins de efetividade de implementação de políticas públicas, e nunca, assistência isolada em detrimento da comunidade, por entender que o orçamento destinado é finito e direcionado a todos, ficando difícil a sua administração para o atendimento personalizado. Este ponto, dentro da ótica jurisprudencial serão enfrentados a seguir.

Titularidade do direito à saúde

Alguns aspectos relevantes ao direito de saúde foram superficialmente abordados dentro do fenômeno da Judicialização, porém há uma importante discussão, isolada mas relevante, quanto à titularidade do direito à saúde se individual ou coletivo.

No AgR-RE n.271.286-8/RS o Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Relator Celso de Mello, enfatizou a dimensão individual do direito à saúde, reconhecendo-o como direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, conduz o indivíduo e o Estado a relação jurídica obrigacional - “a interpretação da norma programática não pode

⁷ Colección Estudios, Núm:67. Madrid, Julio 2013, p.7/8

transformá-la em promessa constitucional inconsequente” -, impondo aos entes federados dever de prestação positiva, e destaca que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde(CRFB/1988, art.197)”, legitimando, pois, a atuação do Judiciário nas hipóteses que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.

A Constituição Federal engloba os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos, etc., “estas categorias igualmente englobam as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais, de acordo com parâmetros desenvolvidos especialmente na doutrina e na jurisprudência alemães e recepcionadas pelo direito luso-espanhol, tais como os direitos de defesa (liberdade e igualdade), os direitos de cunho prestacional (incluindo os direitos sociais e políticos na sua dimensão positiva)”, observa Sarlet (2010, p.28).

A Constituição brasileira de 1988, reiteradamente, atribui a titularidade dos direitos sociais a toda e qualquer pessoa, independente de sua nacionalidade ou de seu vínculo de maior o menor permanência no país, à exemplo do direito à saúde expresso no art. 196, “a saúde é direito de todos e dever do Estado” analisado com o art.203 onde dispõe que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar”, autoriza-se dizer que houve um escolha pela adoção de uma concepção inclusiva nos moldes dos direitos sócias básicos em geral, principalmente quando em causa estiver a garantia do mínimo existencial, da própria vida e da dignidade da pessoa humana.

Não há como restringir o exercício do direito à saúde ao meio de provocação coletiva a fim de se obter conjunto de prestações estatais que satisfaça indeterminado número de pessoas. Como observa Ledur (2009, p.85-86), a dimensão individual não resta afastada pelo fato do exercício do direito ocorrer na esfera coletiva, mesmo não tendo por argumento os direitos sociais, o Supremo Tribunal Federal sustentou a coexistência de uma titularidade individual e coletiva do direito à saúde, sem prejuízo da existência de vários julgados reconhecendo ser um direito subjetivo individual a prestação em matéria de saúde. (*leading case* do AgR-RE n.271.286-8/RS, Rel Min. Celso de Mello, DJE 12.09.2000)

Neste sentido Sarlet (2010, p.216) discorre:

Em verdade, causa mesmo espécie que de uns tempos para cá, haja quem busque refutar – ainda que movido por boas intenções – a titularidade individual dos direitos sociais, como argumento de base para negar-lhes a condição de direitos subjetivos, aptos a serem deduzidos mediante demandas judiciais individuais. O curioso para impedir (o que é inaceitável sob todos os aspectos) ou eventualmente limitar (o que acaba sendo menos nefasto, e, a depender dos parâmetros e do contexto, até mesmo adequado) a assim chamada judicialização das políticas públicas e dos direitos sociais, restringindo o controle e intervenção judicial a demandas coletivas ou o

controle estrito (concentrado e abstrato) de normas que veiculam políticas públicas ou concretizam deveres em matéria social. Importa destacar, ainda neste plano preliminar, que não se está aqui a afastar a tese de uma opção preferencial (em sendo possível e adequado) pela tutela judicial coletiva, desde que não impeditiva de tutela individualizada, ainda mais quando não se trata, neste, caso, de afastar a titularidade individual dos direitos sociais para um número maior de pessoas”

Os que defendem a necessária prevalência das ações de caráter coletivo na seara dos direitos fundamentais sociais, em particular, o direito à saúde, argumentam que as ações individuais quando deferidas, restritamente àqueles que têm meios de acesso à justiça finda por causar prejuízo e mesmo inviabilizar as decisões de “macro-justiça”, as quais seriam destinadas à efetivação de políticas públicas disponibilizadas a coletividade. Afasta-se, pois, da perspectiva constitucional que o direito a saúde é de todos indistintamente, de cada pessoa, uma vez que intimamente ligado à proteção a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana individualmente considerada. No que pese a dimensão coletiva e difusa de que se possa revestir o direito à saúde, jamais pode deixar de considerar a tutela pessoal e individual que lhe é inerente e inafastável, principalmente, quando se busca uma prestação material. Ademais, o acesso à jurisdição é uma garantia constitucional inserta no art. 5º, XXXV - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” - é uma garantia fundamental ao cidadão quando negado pelo ente público a proteção ou assistência à saúde; por este motivo não há como se aderir ao posicionamento que refuta, em caráter absoluto, a judicialização das demandas por prestações materiais de caráter individual no âmbito da concreção do direito à saúde.

O titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídica-subjetiva, explica Sarlet (2010, p.208), o direito à proteção e promoção da saúde abrange uma gama de posições jurídico-subjetivas de natureza diversa, que diante da pretensão resistida ou da omissão do dever estatal, pode ensejar o manejo de ação judicial de caráter coletivo, e quando se busca uma prestação material individual, a titularidade é do cidadão que está carente da proteção eficaz e efetiva que lhe assegure o mínimo existencial.

Ledur (2009,p.29) explica a dupla face ou dupla dimensão dos direitos fundamentais:

Pode suceder que, quando se fala de dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, logo venha à mente o que seja o direito objetivo (descrição do objeto e das condições de aplicação das normas de direito). Mas, além disso, é possível pensar-se em função jurídico-objetiva própria dos direitos fundamentais quando se cogita de direitos *subjetivos*, geralmente qualificados como os que possuem o atributo de serem exercitáveis por meio de ação. Isto ocorre, por exemplo, nos direitos fundamentais do trabalho, nos direitos coletivos e nos direitos prestacionais derivados, em que a fonte imediata do direito subjetivo não está na vontade pessoal, mas na lei, que incide imperativamente, independente do arbítrio individual (no

caso, crescem de importância os fatos sociais e coletivos para a interpretação e aplicação do Direito). Exemplo disso vem a ser o tratamento igualitário ou isonômico já referido e que constitui princípio basilar dos direitos fundamentais sociais em geral, dos direitos sociais específicos oriundos do direito do trabalho, e bem assim dos direitos coletivos.

É de se destacar, inclusive que o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para ingressar com ação, mesmo quando, tenho por objetivo imediato, o socorro a uma necessidade individual de um cidadão. É o que se observa no voto do Ministro Herman Benjamin onde rebateu o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao se posicionar no sentido do Ministério Público não está legitimado à defesa de direito ou interesses individuais isolados de pessoas maiores e capazes, apenas estaria legitimado para propor Ação Civil Pública em defesa de direito individual indisponível à saúde de hipossuficiente, dizendo:

revi o fundamento acima aplicado, no sentido de que não se trata de legitimidade do Ministério Público em razão da hipossuficiência econômica – matéria própria da Defensoria Pública –, mas da natureza jurídica do direito-base (saúde), que é indisponível. [...] Ainda que o *Parquet* esteja tutelando o interesse de uma única pessoa, o direito à saúde não atinge apenas o requerente, mas todos os que se encontram em situação equivalente. Trata-se, portanto, de interesse público primário, indisponível.⁸

Para ilustrar o seu julgamento quanto à legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à proteção de uma única pessoa, o Ministro Herman Benjamin, referiu-se a decisão proferida pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Resp 699599/RS, na relatoria do e Min. Teori Albino Zavascki: “(...)O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada (...) A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedentes: REsp 716.512/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 14.11.2005; EDcl no REsp 662.033/RS, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 13.06.2005”.

No que pese a proteção à saúde como dever do Estado deva ser prestado de forma igualitária, isonômica, há situações individualizadas que necessitam de atenção diferenciada e a recalcitrância em atender enseja quebra de um dever constitucional previsto no art. 196 da CF/88, logo o direito fundamental à saúde assume uma característica híbrida, ao tempo que é um direito coletivo de caráter objetivo, também se amolda a um direito individual de caráter subjetivo, legitimando o cidadão, inclusive o Ministério Público, a provocar a tutela

⁸STJ - AgRg no REsp 872733 / SP

jurisdicional sempre que houver prejuízo ou risco de dano irreparável ou de difícil reparação à pessoa.

Dentro da perspectiva que o Brasil aderiu as Declarações da ONU de 1948 e a de Viena de 1993, recepcionando a universalidade do direito à saúde (art.196) como direito de todos e as suas relações internacionais reger-se-ão pelo respeito, prevalente, ao princípio dos direitos humanos (art.4º, II), fazendo o universal subordinado ao particular: seria correto afirmar que o estrangeiro que não goza da cidadania brasileira também estaria acobertado pela proteção geral do Estado inerente à saúde? Concorrendo o brasileiro nato ou naturalizado, assim, como o visitantes, refugiados, em mesmo critério de igualdade ao direito à assistência a saúde ?

Explica Douzinas (2009, p.154):

É a lei do Estado-nação que define o estrangeiro como estrangeiro e o refugiado como refugiado. O estrangeiro não é cidadão. Ele não tem direitos porque não faz parte do Estado e é um ser humano inferior porque não é cidadão. Nos termos da Declaração Francesa, o estrangeiro é o abismo entre o homem e o cidadão; entre a natureza humana e a comunidade política reside o refugiado em movimento.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no caput do seu art. 5º, garante a todos os brasileiros e estrangeiros, sem distinção de qualquer natureza, à inviolabilidade do direito à vida, sendo este direito primário, garantindo-se a essência dos demais direitos e princípios constitucionais. De outra banda, à Constituição consagra, no seu art.1º, inc. III, à dignidade da pessoa humana como princípio basilar e, como fundamento do Estado Democrático de Direito. Scarlet (2010, p.213) defende deva-se invocar o princípio da universalidade, “que, fortemente ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, evidentemente não permite a exclusão generalizada de estrangeiros não residentes da titularidade dos direitos, sendo correta a tese de que pelo menos todos os direitos diretamente fundados na dignidade da pessoa humana são extensivos aos estrangeiros”

E aos refugiados, uma vez que o cadastro do sistema único de saúde não consta a opção para reconhecer a sua existência ? A Portaria GM/MS nº 17, de 5 de janeiro de 2001, que regulamenta o cadastro do SUS no Brasil, diz textualmente em seu art. 3º que será feita tomando por base o domicílio. Ora, o refugiado não tem domicílio! No dizer de Douzinas (2009, p.155) “o refugiado é representativo do não-representável, ele não tem Estado nem lei, não tem nação nem partido para apresentar suas reivindicações”.

A hipocrisia dominante autoriza a livre circulação de produtos e mercadorias, enquanto o homem está limitado em sua mobilidade universal, ao mesmo tempo se fala em

“dignidade da pessoa humana”, ora como se pensar em pessoa sem vincular a condição humana? Pensou Arendt (1989, p.330):

Algo mais fundamental do que a liberdade e a justiça, que são os direitos do cidadão, está em jogo quando deixa de ser natural que um homem pertença à comunidade em que nasceu, e quando o não pertencer a ela não é um ato da sua livre escolha, ou quando está numa situação em que, a não ser que cometa um crime, receberá um tratamento independente do que ele faça ou deixe de fazer. Esse extremo, e nada mais, é a situação dos que são privados dos seus direitos humanos. São privados não do seu direito à liberdade, mas do direito à ação; não do direito de pensarem o que quiserem, mas do direito de opinarem. Privilégios (em alguns casos), injustiças (na maioria das vezes), bênçãos ou ruínas lhes serão dados ao sabor do acaso e sem qualquer relação com o que fazem, fizeram ou venham a fazer. Só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global. O problema não é que essa calamidade tenha surgido não de alguma falta de civilização, atraso ou simples tirania, mas sim que ela não pudesse ser reparada, porque já não há qualquer lugar "incivilizado" na terra, pois, queiramos ou não, já começamos realmente a viver num Mundo Único. Só com uma humanidade completamente organizada, a perda do lar e da condição política de um homem pode equivaler à sua expulsão da humanidade.

Assim, temos que no que pese seja reconhecida pela jurisprudência, a quem compete dizer o direito, que transforma a lei de instrumento político para fundamentação jurídica, ser o direito à saúde de titularidade tanto individual quanto coletiva, ainda está longe de vencer a problemática do “direito de ter direitos”, possibilitando o seu exercício a todos indistintamente.

Considerações Finais

O Brasil tem demonstrado no últimos anos, mais recentes, por via das suas instituições administrativas, legislativas e jurisdicionais importantes avanços na busca de se alcançar um modelo eficiente de políticas públicas na prestação e assistência a saúde, entretanto, ainda resta muito a ser construído no intuito de impingir o mínimo desejável em toda extensão, continental, do seu território, principalmente, na formulação de parâmetros de uniformidade na interpretação dos conceitos normativos entre os responsáveis pela implementação das políticas públicas de saúde, a comunidade e mundo jurídico (OAB, Ministério Público, Judiciário).

No que pese o CNJ – Conselho Nacional de Justiça ter promovido em maio de 2014 a I Jornada de Direito da Saúde onde reuniu um público heterogêneo com integrantes da Magistratura, Ministério Público, Ministério da Saúde, CONASS, CONASEMS, procuradorias, acadêmicos e profissionais da área médica e sanitária, o que garantiu a riqueza e profundidade dos debates, findando por lançar enunciados para orientar, numa possível,

uniformização de conduta, tal iniciativa, ainda não alcançou o objetivo desejado. Mas demonstra a elevada preocupação dos diversos setores envolvidos com o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil.

O cenário atual, mesmo particularizando para seu conteúdo jurídico-cultural do direito à saúde, o Brasil não está alcançando realizar satisfatoriamente o seu dever para qualquer dos destinatários: nacional, naturalizado, estrangeiro residente ou não e refugiados. Embora possa se considerar que a implementação do Sistema Único de Saúde impulsionou o processo resultando algum progresso, mas, ainda, distante de assegurar e garantir o tratamento integral, geral, universal e gratuito às pessoas, indistintamente e livre de qualquer elemento excludente.

Por isto, ainda, bastante significativo o número de demandas reprimidas e pretensões judicializadas na orbe do direito à saúde, fazendo nascer um outro campo de conflitos - o institucional.

Referências:

ADEODATO, João Maurício. **Ética & Retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva 2010;

ARENDT, Hannah. **As origens dos totalitarismo** – Anti-semitismo, Imperialismo e Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo). São Paulo: Cia das Letras, 1989;

BAYLE, Marciano Sánchez (Coord.). **Sostenibilidad de la sanidad pública en España** : Hay alternativas a la privatización sanitária. Colección Estudios, Núm:67. Madrid, Julio 2013;

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo, 2007;

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. São Paulo, 1998;

CITTADINO, Gisele. **Ativismo Judicial, Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito**, in Democracia e Educação em Direitos Humanos numa época de insegurança. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Parecer**: as diretrizes para o serviço público de saneamento básico e a Política Nacional de Saneamento Básico – PNS. Brasília, 2004. Parecer jurídico. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_DalmoAbreuDallari.pdf. Acesso : 22 jul 2014.

DOUZINAS, Costa. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo : Unisinos, 2009;

GALVÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011;

KRELL, Andreas Joachim. **Autonomia municipal no Brasil e na Alemanha**. Uma visão comparativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 37, 1 dez. 1999 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1557>>. Acesso em: 19 set. 2013;

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009;

MEDEIROS, Robson Antão de. **Direitos Humanos, Ética e Legislação**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/w3/cdhp/projetos/etica.html>>. Acesso em: 20 ago. 2013;

MEDEIROS, Robson Antão de; SILVA, Eduardo P.; ARAÚJO, Jailton M. de. **A (in)segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento humano**. Prim@Facies : Revista Semestral Eletrônica UFPB, João Pessoa, v. 6, n.11, 2007 Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacies/article/view/4351>>. Acesso em: 23 AGO 2013;

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun.1997;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

SORTO, Fredys Orlando. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário**. Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, ano 7, n.7, p.9-34, jan./dez., 2008;

STJ - AgRg no REsp 872733 / SP – T2 – Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 27/04/2011 Disponível em: < www.stj.jus.br>, pelo critério de pesquisa “direito individual saúde”.